

VIII ZR 185/59

2217 020

Verkündet am 26. Oktober 1960
Helfmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Paul S. [REDACTED] in D. [REDACTED], R. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers, Berufungsklägers und Revisions-
klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Christine G. [REDACTED] in D. [REDACTED], M. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 12. Oktober 1960 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Pagendarm und der Bundesrichter Dr. Gelhaar,
Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düssel-
dorf vom 3. Juli 1959 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Diesem wird auch die Entscheidung über die Kosten
des Revisionsverfahrens übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der ursprüngliche Kläger des gegenwärtigen Rechtsstreits, der Hotelier Georg S., und der Beklagte Paul Schumann waren Brüder. Georg S. starb im Laufe des Verfahrens am 23. März 1958. Das Berufungsgericht stellte durch Zwischenurteil vom 5. Dezember 1958 fest, daß die jetzige Klägerin seine Rechtsnachfolgerin geworden ist.

Der Beklagte und sein verstorbener Bruder Georg hatten ihre 1946 verstorbene Mutter beerbt und über ihren Nachlaß - mit den weiteren Miterben - am 29. August 1947 einen Erbauseinandersetzungsvertrag geschlossen. Durch diesen Vertrag wurde dem früheren Kläger - entsprechend dem Testament der Mutter - das Eigentum an dem Hausgrundstück D., B.-straße, übertragen, und dem Beklagten ein lebenslängliches Mietrecht hinsichtlich zweier Ladenlokale, in denen er ein Zigarren- und ein Uhrengeschäft betrieb, mit einem Arbeitsraum im Erdgeschoß und einem Wohnraum im ersten Obergeschoß eingeräumt. Nach der testamentarischen Anordnung der Mutter sollte der Beklagte dafür bis zur "Stabilisierung der Währung" keine und von da an die ortsübliche Miete zahlen. Sein Mietrecht gab der Beklagte inzwischen - durch gerichtlichen Vergleich vom 28. Februar 1957 in einem anderen Rechtsstreit - auf. Durch den erwähnten Erbauseinandersetzungsvertrag wurde zugunsten des Beklagten von dem früheren Kläger an dem diesem übertragenen Grundbesitz eine mit 4 1/2 Prozent verzinsliche Bräufhypothek von 20 000 Reichsmark bestellt, die im Verhältnis von einer Reichsmark zu einer Deutschen Mark umgestellt und - im Laufe des Rechtsstreits - gelöscht wurde.

Nach der schriftlichen Vereinbarung vom 28. Januar 1952 überließ der Beklagte dem früheren Kläger - gegen eine Ab-

- 3 -

findung von 3000 DM - einen Raum des Uhrengeschäftes zum Ausbau einer Stehbierhalle. Wie der Beklagte behauptet, soll später noch zusätzlich vereinbart worden sein, er habe ab 1. Mai 1952 auch keine Miete für seine restlichen Räume mehr zu zahlen. Am 15. Januar 1952 hatte der Beklagte seine Hypothek von 20 000 DM (mit den Zinsen vom gleichen Tage an) an die Wirtschaftsbank in D[REDACTED] sicherungshalber abgetreten. Am 1. Oktober 1954 leistete der frühere Kläger an diese Bank eine Zahlung in Höhe von 1500 DM auf die Hypothekenforderung und zahlte ihr außerdem einen Betrag von 1575 DM auf rückständige Zinsen. Die Wirtschaftsbank trat die Resthypothek nebst Zinsen vom 1. Juli 1954 an wieder an den Beklagten ab. Dieser übertrug nunmehr die Hypothek nebst Zinsen vom 27. September 1955 ab an diesem Tage auf die B[REDACTED] Landesbank. An diese Bank zahlte der frühere Kläger Anfang Juni 1956 die Restsumme von 18 500 DM sowie einen Betrag von rund 580 DM an Zinsen.

Der gegenwärtige Rechtsstreit ist dadurch anhängig geworden, daß der frühere Kläger gegen den Beklagten einen diesem am 22. November 1954 zugestellten Zahlungsbefehl vom 16. November 1954 erwirkte, mit welchem er eine Forderung aus Mietrückständen für 6 Monate zu je 165 = 990 DM als Teilforderung geltend machte. Über diese Summe erging gegen den Beklagten am 9. November 1954 ein Versäumnisurteil des Amtsgerichts in Düsseldorf, gegen welches er form- und fristgerecht Einspruch einlegte. Im Laufe des Rechtsstreites stritten sich die Parteien über die ihnen aus der Hypothek und der Überlassung der Räume, aber auch über ihnen aus anderen Anlässen gegenseitig zustehenden Forderungen und Ansprüche. Dabei berechnete der frühere Kläger seine Forderungen ursprünglich mit insgesamt 32 461,04 DM, während der Beklagte einwandte, Forderungen des - früheren - Klägers beständen allenfalls in Höhe von 17 495 DM. Ihm ständen jedoch - außer



der Hypothekenhauptforderung - Gegenforderungen in Höhe von insgesamt mindestens 22 522,10 DM zu. Als der Beklagte den Unterschiedsbetrag in Höhe von 5027,10 DM durch Erhebung einer entsprechenden Widerklage mit Schriftsatz vom 20. Juni 1955 forderte (Antrag gestellt laut Protokoll vom 22. Juni 1955), wurde der Rechtsstreit durch Beschluß vom 21. September 1955 an das Landgericht in Düsseldorf verwiesen. Bei den Gegenforderungen des Beklagten und der Widerklage spielt insbesondere eine Schadensersatzforderung des Beklagten in Höhe von 7500 DM eine Rolle, mit der es folgende Bewandnis hat:

Nach Abtretung der Hypothek von 20 000 DM durch den Beklagten an die Wirtschaftsbank wendete sich der frühere Kläger mit Schreiben vom 16. Juli 1954 an diese Bank und teilte ihr mit, er erkenne zwar der Bank gegenüber seine Zahlungsverpflichtungen aus der Hypothek an, zahle aber insbesondere die Zinsen nur unter Vorbehalt; denn der Beklagte habe keinerlei Zahlungen mehr zu erhalten, schulde vielmehr ihm, dem früheren Kläger, noch rund 9000 DM. Daraufhin kündigte die Bank den dem Beklagten bewilligten Kredit mit Schreiben vom 19. Juli 1954. In ähnlicher Weise soll sich der frühere Kläger im November 1955 ^{haben} nicht gegenüber der Bremer Landesbank verhalten, nachdem die Hypothek an diese abgetreten worden ist. Auch diese Bank habe dem Beklagten daraufhin den Kredit gekündigt. Der Beklagte behauptete^{weiter}, durch diese Kreditkündigungen sei der Firma P. Automatenbau-Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Hauptgesellschafter er sei und für die er den Kredit in Anspruch genommen, die ihm auch ihre Ansprüche abgetreten habe, ein erheblicher - 7500 DM noch übersteigender - Schaden entstanden, für den der - frühere - Kläger nach § 824 BGB haftbar sei.

Das Landgericht wies die Widerklage ab und hielt das Versäumnisurteil mit der Maßgabe aufrecht, daß der Beklagte

zur Zahlung von nur 4 (statt 4 1/2) % Zinsen verurteilt wurde. Die Berufung des Beklagten war erfolglos. Auf seine Revision wurde das (erste) Berufungsurteil durch Urteil des erkennenden Senats vom 21. Januar 1958 - VIII ZR 426/56 - aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

In der erneuten Verhandlung vor dem Berufungsgericht bezifferte die jetzige Klägerin ihre Gesamtforderung nur noch mit 27 631,60 DM (statt früher 32 461,04 DM). Davon machte sie den eingeklagten Betrag von 990 DM als Saldo-teilanspruch geltend. Der Beklagte rügte insoweit Klagänderung. Er bestritt, die von der Klägerin eingesetzten Guthabenposten teilweise, auch berief er sich zum Teil auf Verjährung und machte eine Reihe von "Gegenforderungen" in Höhe von insgesamt 13 379,54 DM geltend, unter deren Berücksichtigung er für sich einen mit der Widerklage geforderten Überschuß von mindestens 1769,54 DM errechnet. Den ursprünglich in Höhe von 7500 DM als Teilforderung geltend gemachten, zunächst in Höhe von 5027,10 DM mit seiner Widerklage verfolgten Schadensersatzanspruch wegen Kredit-schädigung hat er schließlich auf über 40 000 DM bemessen. Mit Schriftsatz vom 20. November 1958 hat er seine Widerklage auf Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von insgesamt 40 000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Januar 1956 erweitert und gleichzeitig weiter Feststellung beantragt, daß die Klägerin verpflichtet ist, ihm allen Schaden zu ersetzen, der ihm und der Automatenbau-Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch die kreditschädigenden Handlungen - gemeint durch Mitteilungen im Juli 1954 gegenüber der Wirtschaftsbank und im November 1955 gegenüber der B[REITENBURG] Landesbank - des ursprünglichen Klägers entstanden ist und noch entstehen wird. Anträge zu der erweiterten Wider-

klage sind in der mündlichen Verhandlung vom 23. Januar 1959 gestellt worden.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil erneut zurückgewiesen. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seine - erweiterte - Widerklage und seinen Antrag auf vollständige Klagabweisung weiter..

Entscheidungsgründe:

Die Revision mußte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreites zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht führen.

I.

Die jetzige Klägerin behauptet, sie sei auf Grund des Testaments des früheren Klägers vom 28. Januar 1958 dessen Erbin geworden. Das Berufungsgericht hat in seinem im angefochtenen Urteil in Bezug genommenen Zwischenurteil vom 5. Dezember 1958 ausgeführt, es sei nicht erwiesen, daß der frühere Kläger die jetzige Klägerin als Belohnung für ein ehebrecherisches Verhältnis mit ihr zur Erbin eingesetzt habe, oder daß der frühere Kläger zur Errichtung des Testaments von der jetzigen Klägerin gezwungen worden sei. Insoweit sind die Ausführungen des Berufungsgerichts im Zwischenurteil während des Revisionsverfahrens nicht in Zweifel gezogen worden, wie die Parteien bei der mündlichen Verhandlung im Revisionsrechtszug auf Befragen ausdrücklich bestätigt haben.

Da sonstige Bedenken gegen die Gültigkeit des Testaments nicht bestehen, ist das Berufungsgericht zutreffend

von der Wirksamkeit des Testamentes ausgegangen. Dann ist die jetzige Klägerin als Erbin des früheren Klägers berechtigt, etwaige Forderungen des früheren Klägers geltend zu machen. Ferner haftet sie als Erbin für die etwaigen Schulden des früheren Klägers, auch für die angeblich gegen den früheren Kläger entstandenen Schadensersatzansprüche des Beklagten wegen Kreditschädigung.

II.

Das Berufungsgericht hat der Klägerin den ursprünglich als Mietzins geforderten Betrag von 990,- DM als Saldo-teilanspruch zugesprochen, der sich aus dem gegenseitigen Abrechnungsverhältnis der Parteien ergäbe.

1. Die Revision greift an, daß das Berufungsgericht es als sachdienlich zugelassen habe, daß die Klägerin ihren Anspruch nicht mehr aus der Mietzinsverpflichtung des Beklagten herleite, sondern auf den sich aus dem Abrechnungsverhältnis für sie ergebenden Saldo stütze. Die vom Berufungsgericht für die Zulassung dieser Klageänderung gegebene Begründung, sie fördere die sachliche Erledigung des Rechtsstreits, weil sie einem neuen Prozeß vorbeuge, enthält jedoch keinen Rechtsirrtum. Die Revision hat also die Zulassung der Klageänderung zu Unrecht gerügt.

2. Die Revision meint weiter, der Klägerin stehe nur dann eine Saldierungsbefugnis zu, wenn die Parteien ein Kontokorrentverhältnis vereinbart hätten. Dazu habe das Berufungsgericht jedoch keine Feststellung getroffen.

Dem ist entgegenzuhalten, daß die Parteien zwar nicht von vornherein ein (echtes) Abrechnungsverhältnis vereinbart haben mögen. Der Beklagte ist aber als erster, und zwar schon vor dem Amtsgericht, dazu übergegangen (Schriftsatz vom

20. Juni 1955), sämtliche "nach seiner Meinung den Prozeßparteien gegeneinander zustehenden Forderungen und Ansprüche gegenüberzustellen und den sich nach seiner Auffassung zu seinen Gunsten ergebenden Überschuß in Höhe von 5027,10 DM im Wege der Widerklage geltend zu machen". Nach Verweisung an das Landgericht sind von beiden Parteien sowohl im landgerichtlichen wie in beiden Verfahren vor dem Berufungsgericht die ihnen nach ihrer Meinung zustehenden Forderungen und Ansprüche einander gegenübergestellt und damit verrechnet worden. Bei dieser Sachlage kann es der Klägerin nicht verwehrt werden, sich schließlich auch ihrerseits wegen ihrer Klagforderung - wie der Beklagte wegen seiner Widerklageforderung - auf den sich aus der Abrechnung zu ihren Gunsten ergebenden Überschuß zu berufen. Das Berufungsgericht konnte von einem im Laufe des Prozesses stillschweigend vereinbarten Abrechnungsverhältnis ausgehen und brauchte das nicht näher zu begründen, weil das, obwohl die Klägerin sich gegen die Zulassung der Klagänderung als solche wandte, auf der Hand lag.

III.

Bei Errechnung des Saldos aus der gegenseitigen Abrechnung der Parteien hat das Berufungsgericht zugunsten der Klägerin eingesetzt:

1. Miete	12 830,00 DM
2. Mietzuschlag	532,80
3. unstreitige Auslagen für Fensterputzen	72,00
4. unstreitigen Anteil an der Grabinstandhaltung	54,00
5. unstreitige Telefongebühren	900,00
6. unstreitige Heizungskosten	300,00
7. Garagenmiete hat es für unbegründet gehalten	-,--
8. unstreitige Barzuwendungen und Schecks	4 800,00
9. unstreitig vom Beklagten bezogene Getränke	124,00
10. vom Beklagten zugestandene Lieferungen an Tabakwaren	<u>392,00</u>
insgesamt	20 004,80 DM

Von diesen zugunsten der Klägerin eingesetzten Rechnungsposten greift die Revision nur den Posten 1 = Miete mit 12 830 DM und den Posten 2 = Mietzuschläge mit 532,80 DM - beide jedoch nur teilweise - an.

1. Den Betrag von 12 830 DM für Miete hat das Berufungsgericht wie folgt errechnet: Es ist von dem von der Klägerin in ihrer letzten Aufstellung für die Zeit vom 1. August 1949 bis 31. Dezember 1957, also für 101 Monate, gerechneten Betrag von je 160 DM monatlich, mit insgesamt 16 160,-- DM ausgegangen. Nach seiner Auffassung sind davon die Ansprüche für die Zeit vom 1. August 1949 bis 31. Dezember 1950, also für 17 Monate zu je 160 DM mit 2720 DM

- abzüglich eines Betrages von 990 "

d.h. in Höhe von insgesamt

1 730,-- DM

verjährt, so daß die Klägerin im Rahmen der Abrechnung nur

14 430,-- DM

geltend machen könne. Davon setzt das Berufungsgericht jedoch vorsorglich noch weitere 1 600,-- DM

(Miete für die 10 Monate vom 1. März 1957 bis

31. Dezember 1957) ab, indem es dahingestellt

sein läßt, ob die Klägerin angesichts ihrer

Erklärung im Erörterungstermin vom 26. Fe-

bruar 1959 über die Beschränkung ihrer Miet-

zinsansprüche für die Zeit bis zum 28. Fe-

bruar 1957 auch für die genannten weiteren

10 Monate noch Miete fordern könne. Auf die-

se Weise kommt das Berufungsgericht zu dem

von ihm eingesetzten Betrag von

12 830,-- DM

Den Mietzuschlag von 532,80 DM hat das Berufungsgericht folgendermaßen berechnet: Von dem Mietzuschlag, den die Klä-

gerin für die Zeit vom 1. April 1950 bis 31. Dezember 1957, d.h. für 93 Monate mit je 7,20 DM, mithin insgesamt 669,60 DM berechnet, setzt das Berufungsgericht die Zuschläge für die Zeit vom 1. April 1950 bis 31. Dezember 1950 (9 x 7,20) mit 64,80 DM

als verjährt ab und kürzt den von der Klägerin eingesetzten Betrag weiter noch um die Zuschläge für die Zeit vom 1. März 1957 bis einschließlich 31. Dezember 1957, also für 10 Monate mit 72,-- DM

indem es, wie bei den Mietbeträgen, dahingestellt sein läßt, ob die Klägerin angesichts ihrer Erklärung im Erörterungstermin vom 26. Februar 1959 Zuschläge für diese zehn Monate noch fordern könne. Insgesamt setzt es ab

136,80 DM

Infolgedessen verbleibt noch der vom Berufungsgericht angesetzte Betrag von

532,80 DM.

2. Die Unterbrechung der Verjährung wegen des Betrages von 990 DM Miete leitet das Berufungsgericht in erster Reihe aus der Klageerhebung im November 1954 (§ 209 Abs. 1 BGB), richtiger aus der Zustellung des Zahlungsbefehls vom 16. November 1954 am 22. November 1954 (§ 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB), her. Eine weitere Unterbrechung gemäß § 209 Abs. 2 Nr. 3 BGB erblickt es in der Aufrechnungserklärung im Schriftsatz des Beklagten (gemeint ist Klägers) vom 21. Juni 1955 S. 2.

Die Revision rügt, die Mietzinsforderung (für die Zeit bis einschließlich Dezember 1950) sei im Juni 1955 bereits verjährt gewesen, weil die Geltendmachung eines Teilbetrages rückständiger Mieten für 6 Monate mit dem Zahlungsbefehl vom 16. November 1954 mangels der erforderlichen Aufteilung nicht einer ordnungsgemäß erhobenen Klage gleichgerachtet werden könne. Dem ist nicht zu folgen. Für den Beklagten war aus dem

zum Schluß des Jahres 1954 erwirkten Zahlungsbefehl erkennbar, daß zur Vermeidung der Verjährung ältere Mietrückstände geltend gemacht wurden. Die im Schriftsatz vom 21. Juni 1955 seitens des Rechtsvorgängers der Klägerin abgegebenen Erklärungen, welche Mietbeträge im einzelnen gemeint seien, diente nur der weiteren Klarstellung; er enthielt entgegen der Ansicht der Revision nicht eine Beseitigung von Mängeln der ursprünglichen Klagshebung. Die zur Unterbrechung der Verjährung erforderliche Rechtshängigkeit ist also entgegen der Ansicht der Revision nicht erst im Juni 1955, sondern schon durch Einreichung des dann alsbald zugestellten Zahlungsbefehls im November 1954 eingetreten. Den gegen die Nichtannahme der Verjährung erhobenen Bedenken der Revision kann daher nicht gefolgt werden.

Auch daraus, daß im Zahlungsbefehl an sich nur 6 Monatsmieten geltend gemacht worden sind, die Klägerin aber später in ihrer Abrechnung eine Monatsmiete nicht mehr mit 165 DM, sondern nur noch mit 160 DM eingesetzt hat, sind keine Bedenken in der Richtung herzuleiten, daß die Verjährungsunterbrechung etwa nur auf einen Betrag von 960 DM statt 990 DM erstreckt werden könnte. Der Betrag von 30 DM muß der Klarstellung im Schriftsatz vom 21. Juni 1955 entsprechend auf die weiteren Rückstände verrechnet werden.

Bei dieser Sachlage bedarf keiner abschließenden Entscheidung, ob sich der Beklagte nicht angesichts der in der Vereinbarung vom 28. Januar 1952 getroffenen Bestimmung, er solle eine Abfindung in Höhe von 3000 DM "durch Verrechnung mit der Miete" erhalten, überhaupt nicht auf Verjährung berufen kann. Insoweit bestehen jedenfalls Bedenken; denn als diese Verrechnungsvereinbarung getroffen worden ist, waren Mietzinsrückstände noch nicht verjährt, so daß die Verrechnung nach dieser Vereinbarung alle in Frage kommenden Mietzinsansprüche erfassen kann.

Das Berufungsgericht hat also zutreffend das Durchgreifen der Verjährungseinrede verneint.

3. Das Berufungsgericht hat den Beklagten - ohne Rechtsirrtum - für den rechtsvernichtenden Einwand, der Rechtsvorgänger der Klägerin, sein Bruder Georg, habe ihm wegen der Überlassung des anschließend in eine Stehbierhalle umgewandelten Geschäftsraumes mit Wirkung vom 1. Mai 1952 an (auch) den Mietzins erlassen, für beweispflichtig angesehen.

a) Es hält den Beweis nicht für geführt und hat dazu im wesentlichen ausgeführt:

Schon der Inhalt der schriftlichen Vereinbarung der beiden Brüder vom 28. Januar 1952 spreche gegen die Darstellung des Beklagten; denn danach habe der Beklagte sich zur Raumabgabe gegen das Versprechen seines Bruders auf "Zahlung einer Abfindung von 3000 DM und auf Übernahme sämtlicher Umbaukosten" bereit gefunden, von einem Mieterlaß sei in der Urkunde jedoch keine Rede. Nach Auffassung des Berufungsgerichts haben auch die Zeugenvernehmungen die Vereinbarung eines solchen Erlasses nicht ergeben. Der Aussage der Zeugin K. kommt nach seiner Meinung so gut wie keine Beweiswert zu, weil sie von dem angeblichen Mieterlaß nur aus Erzählungen des Beklagten erfahren habe. Es erwägt dann, der Zeuge M. habe mit Bestimmtheit ausgesagt, der Rechtsvorgänger der Klägerin habe ihm berichtet, der Beklagte brauche von nun an auf Lebenszeit keinen Mietzins mehr zu zahlen. Es meint aber, weil dieser Zeuge weiter bekundet habe, der Rechtsvorgänger der Klägerin habe gleichzeitig den Gedanken einer zusätzlichen Abfindung des Beklagten weit von sich gewiesen, er habe vielmehr ausdrücklich erklärt, die Freistellung des Beklagten von Mietzahlungen sei ein ausreichendes Entgelt, seien die Bekundungen dieses Zeugen in einen unlöslichen Widerspruch zu dem unstreitigen Parteivortrag geraten.

Da nach dem übereinstimmenden Vorbringen beider Parteien der Rechtsvorgänger der Beklagten eine Abfindung von 3000 DM zugesagt habe, könne das von dem Zeugen M. bekundete Gespräch nicht den wahren Inhalt der Übereinkunft zwischen den beiden Brüdern wiedergeben. Das Berufungsgericht fährt fort, auch aus den Umständen lasse sich nichts für einen Mietzins-erlaß entnehmen. Es meint, es mute zwar auf den ersten Blick etwas eigentümlich an, daß die Freigabe eines nicht unerheblichen Teils des Mietgegenstandes keinen Einfluß auf die bisherige Höhe des Mietzinses gehabt haben sollte. Es berücksichtigt dann aber, daß der Beklagte ab Mai 1951 die ihm vermieteten Geschäftsräume untervermietet hatte, und zwar den einen Raum zu monatlich 225 DM und den anderen für monatlich 100 DM. Es meint, in diesen Entgelten werde der eigentliche Mietwert der Räume sichtbar. Aus der Tatsache, daß der Rechtsvorgänger der Klägerin nach dem Testament seiner Mutter vom Beklagten den "ortsüblichen" Mietzins zu fordern berechtigt gewesen sei, folgert es, es habe für ihn im Mai 1952 jedenfalls mit Rücksicht auf die Untervermietung eine Erhöhung des bisher vom Beklagten gezahlten Mietzinses nahegelegen. Daraus kommt es zu dem Ergebnis, die Beibehaltung des bisherigen Mietzinses lasse sich also trotz der Verkleinerung des Mietgegenstandes mit wirtschaftlichen Erwägungen durchaus vereinbaren.

b) Der Revision ist darin zu folgen, daß die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts den aus § 286 ZPO erhobenen Verfahrensrügen gegenüber einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand hält.

aa) Das Berufungsgericht scheint der Auffassung zu sein, der Rechtsvorgänger der Klägerin habe nach dem Testament seiner Mutter das Recht gehabt, vom Beklagten den jeweiligen "ortsüblichen" Mietzins zu fordern. Alsdann hätte allerdings, als sich durch die Untervermietung ein höherer Mietwert her-

ausstellte, eine Erhöhung der Miete "nahe gelegen". Das Berufungsgericht hat aber nicht gewürdigt, wie die Revision mit Recht rügt, daß die Parteien im Erbauseinandersetzungsvertrag vom 19. August 1947 eine feste Miete von monatlich 175 RM, die später aus anderen Gründen auf 165 oder 160 DM ermäßigt ist, vereinbart haben und daß langfristig vereinbarte Geschäftsraummiets 1952 noch nicht ohne weiteres erhöht werden konnten. Es ist aber nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht, wenn es dies beachtet hätte, in der Nichtermäßigung der Miete nach Verkleinerung des Mietgegenstandes, vielleicht doch ein Beweisanzeichen dafür gefunden hätte, ein vollständiger Mieterlaß sei vereinbart worden, zumal der Beklagte auch späterhin offenbar nie Miete gezahlt hat, und daß es möglicherweise die Aussage des Zeugen M. anders gewürdigt hätte, zumal hinzukommt, daß auch die Würdigung der Aussage dieses Zeugen im Hinblick auf die in diesem Zusammenhang weiter erhobenen Verfahrensrügen bedenklich erscheint.

bb) Die Ausführungen des Berufungsgerichts ergeben nämlich nicht klar, ob es dem Zeugen M. nicht glaubt, oder ob es davon ausgeht, der frühere Kläger habe zwar gesagt, was der Zeuge bekundet hat, das sei aber falsch gewesen. Für beides fehlt es an einer hinreichenden Begründung. Nach der von der Revision in Bezug genommenen Anlage zum Protokoll vom 13. April 1957 S. 3, 4 hat der frühere Kläger zu dem Zeugen M. "von einer Abfindung des Beklagten nichts gesagt, vielmehr ausdrücklich erklärt, er bezahle dem Beklagten nichts; es genüge, wenn dieser zukünftig von Mietzinsen befreit sei". Das ist aber noch nicht, wie das Berufungsgericht meint, ein "unlösbarer" Widerspruch zu dem Parteivortrag; denn auch die Abfindung sollte - nach der schriftlichen Vereinbarung vom 28. Januar 1952 - nicht gezahlt, sondern mit der Miete nur

"verrechnet" werden. Der frühere Kläger brauchte im übrigen auch nicht unbedingt etwas Falsches gesagt zu haben, wie das Berufungsgericht zu meinen scheint, wenn er nur von dem Mieterlaß, aber nicht von der auf (rückständige?) Miete zu verrechnenden Abfindung gesprochen hat. Dazu verweist die Revision zutreffend darauf, ein Mietzinserlaß für die Zukunft sei angesichts des lebenslänglichen Mietrechts des (damals erst etwa 40 Jahre alten) Beklagten für den früheren Kläger Georg S. einschneidender gewesen als eine einmalige Abfindung von 3000 DM, die weit weniger als zwei Jahresmieten betrug, und die dazu noch - auf Rückstände - "verrechnet" werden sollte. Schließlich war noch die Deutung in Betracht zu ziehen, ob nicht wenigstens - dem ursprünglichen Vortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 28. März 1955 S. 1 entsprechend - entgegen der substantiierten Darstellung des Beklagten im Schriftsatz vom 20. Juni 1955 auf Seite 2 davon auszugehen war, daß die ursprüngliche Vereinbarung der Gewährung einer Abfindung von 3000 DM durch einen Erlaß der Miete für die Zukunft ersetzt worden ist.

Nach allem läßt sich die Auffassung des Berufungsgerichts, ein Mieterlaß für die Zeit nach dem 1. Mai 1952 sei nicht beweisbar, mit der bisherigen Begründung nicht aufrechterhalten. Dem Beklagten kann es überlassen bleiben, weiteren Beweis im neuen Berufungsverfahren anzutreten.

Für das Revisionsverfahren ist deshalb zunächst einmal davon auszugehen, daß die vom Berufungsgericht für die Zeit vom 1. Mai 1952 bis 28. Februar 1957, also für 58 Monate zu je 160 DM, mit 9280 DM eingesetzten Mietbeträge, aber auch die sog. Mietzuschläge von 7,20 DM monatlich für die gleiche Zeit (= 58 x 7,20) = 417,60 DM möglicherweise entfallen.

4. Abschließend ergibt sich zu der Guthabenseite der Klägerin, daß die vom Berufungsgericht mit insgesamt

20 004,80 DM

angenommenen Guthabenposten nur bei den Po-

sten 1 = Miete in Höhe von 9280,00 DM

und bei dem Posten 2 = Mietzuschläge

in Höhe von 417,60 DM

im Rahmen der Revisionsinstanz zu kürzen sind,

also um

9 697,60 DM

Es ist alsdann im Revisionsrechtszug davon auszugehen, daß zu Lasten des Beklagten nach dem bisherigen Stande des Verfahrens nur ein Betrag von nachgewiesen ist.

10 307,20 DM

IV.

Als Schuldposten der Klägerin hat das Berufungsgericht eingesetzt:

1. Instandsetzung der Schaufensterfront	2839 DM
2. PKW-Reparatur	177,85 DM
3. Tabakwaren und sonstige Leistungen sind in vollem Umfange als nicht erwiesen abgesetzt	-,--
4. Abfindung für Raumüberlassung	3000,00
5. Elektroinstallation	78,88
6. Hypothekenzinsen	<u>3771,10</u>
insgesamt	9866,83 DM

Die Revision wendet sich nur dagegen, daß das Berufungsgericht von den seitens des Beklagten eingesetzten Rechnungs- posten den Posten Nr. 3 für Tabakwaren und sonstige Leistun- gen mit 2737,62 DM ganz gestrichen und soweit es bei dem Po- sten 6 von den dem Beklagten in Ansatz gebrachten Hypothe-

kenzinsen mit insgesamt 4544,19 DM einen Betrag von 773,09 DM abgesetzt hat.

A. Posten 3: Tabakwaren und sonstige Leistungen.

1. Zu dem Posten Nr. 3 erwägt das Berufungsgericht, Frau Kost und die Ehefrau des Beklagten hätten zwar bestätigt, daß der frühere Kläger Tabakwaren aus dem Geschäft des Beklagten bezogen habe. Es meint jedoch, damit habe der Beklagte seiner Beweislast nicht genügt, er hätte vielmehr jedes einzelne konkrete Lieferungsgeschäft darlegen und beweisen müssen. Dabei verweist das Berufungsgericht auf die eigene Aufstellung des Beklagten über die Zeit von Juli 1949 bis Juli 1951, nach welcher der Posten von 2737,62 DM "Ware, Mayonnaise, Wecker, Streichhölzer, Licht, Zeitung, Radio, Wassergeld, Hut, Benzin" und auch "Geld" umfasse, und meint unter "Ware" möchten auch Tabakwaren zu verstehen sein; die Zeugen hätten jedoch nicht bekunden können, daß an den in der Aufstellung bezeichneten Tagen Tabakwaren zu den in der Aufstellung angegebenen Preisen an den früheren Kläger ausgeliefert worden seien. Es fährt fort, erst recht fehlten Bekundungen über die sonstigen in der Aufstellung aufgeführten angeblichen Leistungen des Beklagten an seinen Bruder.

2. Der Revision ist darin zu folgen, daß diese Ausführungen gegenüber ihren Verfahrensrügen, insbesondere aus § 287 ZPO, einer Nachprüfung nicht standhalten.

Das Berufungsgericht hat zwar die Aussage der Zeugin Kost nicht übersehen, aber ihren Inhalt im Hinblick auf § 287 ZPO nicht zutreffend gewürdigt. Aus ihrer Bekundung ergibt sich, daß der Bruder des Beklagten laufend größere Mengen Tabakwaren - offensichtlich für sein Hotel - vom Beklagten bezog, daß der

Beklagte dabei zwar selten zugegen war, daß diese Zeugin aber im Falle seiner Abwesenheit die Lieferungen auf einen Zettel notierte und den betreffenden Zettel an den Beklagten weiter gab. Daß überhaupt Tabakwarenlieferungen erfolgt waren, war im übrigen nicht bestritten. Streutig war nur, in welcher Höhe das geschehen war und ob eine Bezahlung erfolgt war. Letzteres hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. War aber die Höhe streutig, so mußte das Berufungsgericht nach § 287 Abs. 2 in Verb. mit § 287 Abs. 1 ZPO die Höhe frei schätzen; es konnte auch den Beklagten als Beweisführer (nach § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO) vernehmen. Seine Ausführungen lassen nicht erkennen, ob es sich der freieren Stellung nach § 287 ZPO bewußt gewesen ist.

Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht auch gegen § 139 ZPO verstoßen hat, weil es nicht, bevor es den Anspruch insoweit mangels Substantiierung ablehnte, den Beklagten ^{darauf} aufmerksam machte, daß ihm der bisherige Vortrag nicht genüge, worauf dieser, wie er vorträgt, eine Reihe von Quittungen des früheren Klägers und Notizen der Zeugin Kost sowie eigene frühere Aufzeichnungen vorgelegt hätte. Diese Schriftstücke zu würdigen, wird Sache des Berufungsgerichts sein, dem sie der Beklagte vorlegen mag. Daß sie nicht den vollen Betrag von 2737,62 DM ergeben, auch zum Teil summen- und datenmäßig nicht mit der vom Berufungsgericht erwähnten Aufstellung des Beklagten übereinstimmen, ist für das Revisionsverfahren unerheblich.

Im Revisionsverfahren ist deshalb davon auszugehen, daß der Betrag von 2737,62 DM nach § 287 ZPO möglicherweise voll zugunsten des Beklagten aufgeklärt werden kann.

B. Posten 6: Hypothekenzinsen:

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Zeiträume, in denen die Hypothek (mit Zinsen) an die Wirtschaftsbank und die B[REITENBURG] Landesbank zur Sicherheit abgetreten gewesen sei, müßten ganz ausgeschieden werden. Der Beklagte könne Zinsen als Guthabenposten nur für die Zeit einsetzen, in dem ihm die Hypothekenforderungen (mit Zinsen) zugestanden hätten. Das Berufungsgericht billigt ihm daher 4 1/2 % Zinsen nur zu für die Zeit vom 1. Januar 1949 bis zur Abtretung an die Wirtschaftsbank am 15. Januar 1952, und zwar von 20 000 DM mit 2737,50 DM

und für die Zeit vom 1. Juli 1954 (Rückabtretung von 18 500 DM mit Zinsen seit diesem Tage) bis zum 27. September 1955 (Abtretung an die B[REITENBURG] Landesbank) von 18 500 DM mit

1033,60 DM

insgesamt also mit

3771,10 DM.

Es kürzt den vom Beklagten eingesetzten Zinsbetrag von

4544,19 DM

also um den Betrag von

773,09 DM.

2. Diese Kürzung greift die Revision mit folgenden Erwägungen an: Die Abtretung des Zinsanspruchs an die Banken besage nicht, daß der frühere Kläger und die Klägerin nicht im Verhältnis zum Beklagten verpflichtet geblieben seien, die Zinsen zu zahlen, zumal es sich nur um Sicherungsabtretungen gehandelt habe. Die Revision verweist darauf, die Bank habe dem Beklagten die Hypothek nur mit den künftigen Zinsen zurückabgetreten und diese Tatsache spreche dafür, daß die Bank die vollen während ihrer Gläubigerschaft entstandenen Zinsen für sich beanspruche zwecks Tilgung der Schuld des Beklagten bei der Bank, zu deren Sicherung die

Hypothek abgetreten gewesen sein. Von dieser Verpflichtung gegenüber der Bank müsse der Beklagte befreit werden; er könne deshalb Zahlung an die Bank verlangen oder, soweit er selbst noch etwas dem Kläger verschulde, möglicherweise ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Auf ein "Zurückbehaltungsrecht" habe er sich bereits in der Berufungsbegründung vom 15. Mai 1956 S. 2 berufen. Zu dieser selbständigen Verteidigung fehle eine Stellungnahme in den Entscheidungsgründen, was die Revision als Verstoß gegen § 551 Nr. 7 ZPO rügt.

Aus diesem Sachverhalt ergibt sich jedoch entgegen der Ansicht der Revision **n i c h t**, daß der Beklagte berechtigt ist, diesen Teil der Zinsen, der ihm nicht persönlich zusteht, als seinen Guthabenposten in die Abrechnung einzusetzen. Es muß deshalb bei der vom Berufungsgericht vorgenommenen Kürzung der Hypothekenzinsforderung des Beklagten verbleiben.

3. Die in die Abrechnung auf der Schuldseite der Klägerin vom Berufungsgericht eingesetzten Beträge mit 9866,83 DM erhöhen sich mithin nur bei Posten 3 = Tabakwaren und sonstige Leistungen um 2737,62 DM auf insgesamt 12604,45 DM.

V.

Danach ist im Revisionsrechtszug bei der Abrechnung auszugehen:

auf der Guthabenseite der Klägerin von	10 307,20 DM
auf der Schuldenseite der Klägerin von	<u>12 604,45 DM</u>
mithin von einem Schuldsaldo der Klägerin von	2 297,25 DM.

Danach erweist sich schon die Verurteilung des Beklagten in Höhe von 990 DM zur Zahlung, aber auch die Abweisung seiner Widerklage wegen eines über 2297,25 DM hinausgehenden Betrages als zur Zeit unbegründet.

VI.

1. Zur Schadensersatzforderung des Beklagten wegen Kreditschädigung geht das Berufungsgericht davon aus, der frühere Kläger habe in einer nach § 824 BGB vorwerfbaren Weise gegenüber der Wirtschaftsbank u n d der Bremer Landesbank wahrheitswidrig die Tilgung der Hypothekenforderung behauptet und damit Handlungen begangen, die den Kredit der POS Automatenbau Gesellschaft mit beschränkter Haftung bzw. des Beklagten zu gefährden geeignet waren. Es legt dar, als das Schreiben des früheren Klägers vom 16. Juli 1954 an die Wirtschaftsbank erging, habe die Hypothekenforderung des Beklagten - selbst bei unterstellter Aufrechnungsbefugnis des früheren Klägers - noch zu einem erheblichen Teile bestanden. Indem es die von ihm ermittelten Guthabeposten aus den beiderseitigen Aufstellungen einander gegenüberstellt, kommt es zu dem Ergebnis, im Juli 1954 hätte sich für den früheren Kläger aus den gegenseitigen Forderungen und Ansprüchen - außer der Hypothek - allenfalls ein Saldo von 6000 DM ergeben, so daß auch bei Verrechnung auf die Hypothek noch eine Hypotheken-Verbindlichkeit in Höhe von rund 14 000 DM bestanden haben würde. Daraus folgert es, die Mitteilung des verstorbenen Klägers vom 16. Juli 1954 an die Wirtschaftsbank, der Beklagte habe (nicht nur) keine Forderung mehr aus der Hypothek, sondern verschulde ihm umgekehrt rund 9000 DM, sei weit an der damals von ihm erkennbaren Wahrheit vorbeigegangen und sei deshalb nicht zu rechtfertigen.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts, deren Richtigkeit im Revisionsrechtszug von keiner Partei in Zweifel gezogen worden ist, lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

2. Trotzdem billigt das Berufungsgericht dem Beklagten einen Schadensersatzanspruch nicht zu.

Dabei geht es zunächst davon aus, ein über einen Betrag von 7500 DM hinausgehender Schadensersatzanspruch, der nur auf § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 186, 187 StrGB und § 824 BGB gestützt werden könne, sei auf jeden Fall verjährt (§ 852 BGB). Dazu führt es aus, die Ereignisse, aus denen der Beklagte seinen Schadensanspruch herleite, hätten sich im Jahre 1954 zugetragen. Der Beklagte habe auch in diesem Jahre schon Kenntnis von dem Schreiben des früheren Klägers und der Kreditentziehung gehabt, so daß sich aus diesen Gründen die Verjährung bereits im Jahre 1957 vollendet habe. Die Ansprüche, die mit der erweiterten Widerklage verfolgt worden seien, seien jedoch erst Ende 1958 geltend gemacht worden. Dabei verweist das Berufungsgericht auf den bei ihm am 21. November 1958 eingegangenen Widerklagschriftsatz vom 20. November 1958. Zur Frage, ob der Schadensersatzanspruch nicht auf andere nicht verjährte Rechtsgründe gestützt werden könnte, legt es dar, das sei nicht der Fall. Insbesondere komme keine Verletzung des Erbaueinandersetzungsvertrages vom 29. August 1947 in Betracht; denn dem früheren Kläger habe aus diesem, längst vollzogenen Verträge nicht die Pflicht obgelegen, sich in Zukunft aller Handlungen zu enthalten, die den Kredit des Beklagten beeinträchtigen könnten.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Verjährung halten insbesondere im Hinblick auf die erhobenen Verfahrensrügen einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Dabei hatte der Senat in der gegenwärtigen Lage des Rechtsstreits keinen Anlaß, darauf einzugehen, ob der Beklagte, wie die Revision näher darzulegen versucht, auch Ansprüche aus (positiver) Vertragsverletzung geltend machen könnte; denn nach den bis-

herigen Feststellungen des Berufungsgerichts liegt schon kein hinreichender Anhalt dafür vor, daß der über den ursprünglich geltend gemachten Betrag von 7500 DM hinausgehende Anspruch des Beklagten, soweit er auf unerlaubte Handlung (§ 823 Abs. 2 BGB in Verb. mit §§ 186, 187 StrGB und § 824 BGB) gestützt wird, gemäß § 852 BGB verjährt sein könnte. Bei seinen Ausführungen zur Frage der Verjährung hat das Berufungsgericht nämlich nicht beachtet, daß dieser weitergehende Anspruch anders begründet worden ist als der ursprünglich geltend gemachte Betrag. Zur Begründung der ursprünglich beschränkten Schadensersatzforderung hatte sich der Beklagte allerdings nur darauf berufen, die Automatenbaugesellschaft habe infolge der ersten im Juli 1954 erfolgten Kreditkündigung durch die B. Wirtschaftsbank ihr Fertigungsprogramm in der Folgezeit erheblich einschränken müssen und dadurch einen hohen Schaden gehabt (Schriftsatz vom 15. Mai 1956 S. 3,4). Soweit der Beklagte über 7500 DM hinausgehende Schadensersatzansprüche auf diesen Sachverhalt stützt, könnte die Verjährungseinrede allerdings begründet sein, wenn nicht die weiteren Rügen der Revision durchgreifen, die sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts richten, der Beklagte habe schon 1954 Kenntnis von dem kreditschädigenden Verhalten des Rechtsvorgängers der Klägerin, insbesondere von dessen Vorsatz gehabt. Darauf kommt es hier jedoch nicht an; denn der mit Schriftsatz vom 20. November 1958 durch Erweiterung der Widerklage geltend gemachte weitergehende Schadensersatzanspruch stützt sich gar nicht vorwiegend auf Ereignisse, die sich im Jahre 1954 zugetragen haben, was das Berufungsgericht seinen Ausführungen auf S.22 seines Urteils zu Grunde legt. Dieser erweiterte Anspruch ist vom Beklagten vielmehr auf die Behauptung gestützt, der frühere Kläger habe sich mit einem Schreiben vom 17. November 1955 an die B. Landesbank, d.h. nunmehr eine andere Bank, gewandt, diese habe daraufhin den (neuen) Kredit ge-

kündigt und diese (weitere) Kündigung habe schließlich den wirtschaftlichen Zusammenbruch der Gesellschaft und damit auch seinen eigenen herbeigeführt. Wann die Gesellschaft aber zusammengebrochen ist, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Als Zeitpunkt dafür kann aber - jedenfalls im Revisionsverfahren - kein früherer angenommen werden als die Eröffnung des Konkursverfahrens am 10. Oktober 1956 über das Vermögen der Gesellschaft, allenfalls aber der Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens vom 17. September 1956. Verjährung des erweiterten Schadensersatzanspruches, der entweder mit der Einreichung des Widerklageschriftsatzes vom 20. November 1958 oder spätestens mit der Stellung des Antrages aus diesem Schriftsatz in der mündlichen Verhandlung vom 23. Januar 1959 geltend gemacht worden ist, würde aber nach § 852 BGB voraussetzen, daß der Beklagte bereits drei Jahre vor Ende 1958 (oder Anfang 1959) sowohl Kenntnis von dem Schreiben des früheren Klägers vom 17. November 1955 als auch davon hatte, daß dieses Schreiben für die Kreditkündigung und diese wiederum für den schließlichen Zusammenbruch der Gesellschaft ursächlich gewesen ist. Das hat das Berufungsgericht übersehen. Insoweit fehlt es an jeder tatsächlichen Feststellung, ganz abgesehen davon, daß unwahrscheinlich ist, der Beklagte habe schon alsbald übersehen können, die (neue) Kreditkündigung werde zum Zusammenbruch der Gesellschaft führen.

Für das Revisionsverfahren muß danach davon ausgegangen werden, daß die Schadensersatzansprüche des Beklagten - einmal unterstellt, er könne sie nachweisen -, jedenfalls nicht verjährt sind.

3. Das Berufungsgericht hält die Schadensersatzforderungen des Beklagten - abgesehen von der Frage der Verjährung - auch deshalb für unbegründet, weil nicht ersichtbar sei,

daß dem Beklagten als Abtretungsempfänger der POS-Automatenbau Gesellschaft mit beschränkter Haftung aus der von dem früheren Kläger in der Unterredung mit dem Direktor Recke der Wirtschaftsbank (zu vgl. Schreiben des früheren Klägers vom 16. Juli 1954) überhaupt ein Schaden entstanden ist. Dazu führt es aus, es sei unter Anwendung von § 287 ZPO zu der Überzeugung gelangt, die genannte Gesellschaft sei ohnehin zusammengebrochen. Sie habe seit ihrer Gründung im Jahre 1950 wohl stets mit Verlust gearbeitet. Ihrer Bilanz für das Geschäftsjahr 1953 entnimmt das Berufungsgericht, daß die Gesellschaft bereits im Jahre 1952 einen Verlust von annähernd 37 000 DM gehabt habe, der sich im Jahre 1953 um etwa 11 500 DM erhöht habe. Es fährt fort, zwar habe die Bilanz für das Geschäftsjahr 1954 - buchmäßig - einen Gewinn von 25 000 DM ergeben, dadurch sei aber die Verschuldung nicht beseitigt worden. Einem Bericht der Konkursverwalterin vom 12. November 1956 aus den Konkursakten entnimmt es, die Bewertung in den Bilanzen seien anzuzweifeln; auch nach Auffassung der Konkursverwalterin habe die Gesellschaft, die z.B. seit Jahren die Umsatzsteuer (zuletzt rund 30 000 DM) schuldig geblieben sei, "laufend" mit Verlust gearbeitet. Auch die Bilanz des Jahres 1955 weise buchmäßig wieder einen Verlust aus. Als beweisend dafür, daß die ohnehin (schon) ungünstigen Bilanzen den Status der Gesellschaft (auch noch) besser erscheinen ließen, als er wirklich gewesen sei, sieht es die Tatsache an, daß die Verwertung der Konkursmasse nur 5715 DM erbracht habe, obgleich allein das Lager in der Bilanz für 1955 mit annähernd 100 000 DM und in der Vergleichseröffnungsbilanz im Jahre 1956 auch noch mit ca 90 000 DM ausgewiesen worden sei. Zusammenfassend kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, das Unternehmen habe sich nie rentiert, sein Zusammenbruch sei auch ohne die Kreditkündigungen unvermeidbar gewesen.

Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts konnte mit Rücksicht auf die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen aus §§ 286, 287 ZPO nicht gefolgt werden.

a) Auch in diesem Zusammenhang ist - wie schon bei der Frage der Verjährung - hervorzuheben, daß sich die vom Beklagten erhobenen Ansprüche auf zwei, sich allerdings zum Teil ergänzende Sachverhalte, nämlich zunächst auf die Kreditentziehung durch die Wirtschaftsbank im Juli 1954 und schließlich auf die Kreditkündigung durch die Bremer Landesbank Ende 1955 stützen. Zur Kreditentziehung im Juli 1954 rügt die Revision mit Recht als Verstoß gegen § 286 ZPO, daß das Berufungsgericht den Vortrag und den Beweisantritt im Schriftsatz des Beklagten vom 15. Mai 1956 auf Seite 4 übergangen habe. Dort hatte sich der Beklagte auf Sachverständigengutachten bezogen. Es wäre ein unzulässiges Haften am Wortlaut der Revisionsbegründung wollte man annehmen, die Revision habe darauf hinweisen wollen, der Beklagte habe an der angeführten Stelle lediglich nur unter Beweis gestellt, der Verkaufspreis für Automaten habe sich inzwischen auf rund 600 DM erhöht, jeder Verkauf führe zu einem Gewinn von 150 DM. Offensichtlich bezog sich der Beweisantritt nämlich auf den Vortrag in dem gleichen Schriftsatz auf Seite 3 in Verb. mit dem Vortrag in dem dort in Bezug genommenen Schriftsatz vom 22. Dezember 1955 auf S. 4,5. In diesen Schriftsätzen war vom Beklagten unter Mitteilung der Herstellungszahlen an Automaten im Betriebe der Gesellschaft ein erheblicher Rückgang in der Herstellung von Geräten gerade für die Zeit ab Juli 1954 behauptet und weiter vorgetragen, dieser Rückgang in der Herstellung und im Verkauf an Automaten sei eine Folge der vom Rechtsvorgänger der Klägerin verschuldeten Kreditentziehung im Juli 1954 gewesen. Das sollte der Sachverständige, auf den sich der Beklagte bezog, an Hand der ihm vorzulegenden Geschäftsunterlagen feststellen. Dazu hätte das Berufungsgericht Stellung nehmen und wahrscheinlich auch einen Sachver-

ständigen hören müssen, weil es schwerlich aus eigener Sachkenntnis wird beurteilen können-selbst wenn ihm die Geschäftsunterlagen vorgelegt werden - ob diese (erste) Kreditentziehung der Gesellschaft keinen Schaden verursacht hat, zumal die Lebenserfahrung dafür spricht, daß jede Kreditkündigung Nachteile mit sich bringt und zwar in erhöhtem Maße bei einem Unternehmen, das, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, mangels ausreichender Kapitaldecke auf Kredite angewiesen war. Für das Revisionsverfahren muß deshalb davon ausgegangen werden, daß die Vernehmung eines Sachverständigen einen solchen Schaden der Gesellschaft, dessen Höhe hier nicht näher erörtert zu werden braucht, - verursacht durch Produktionsausfälle - ergeben haben würde. Es ist nun nicht ersichtlich, weshalb der Beklagte diesen Schaden nicht sollte geltend machen können; denn er entfällt auch dann nicht ohne weiteres, wenn es richtig sein sollte, wie das Berufungsgericht meint, daß die Gesellschaft später "ohnehin" zusammengebrochen sein würde.

b) Der Revision ist aber auch darin zu folgen, daß die Feststellung, die Gesellschaft würde ohnehin zusammengebrochen sein, vom Berufungsgericht nicht rechtsirrtumsfrei getroffen worden ist. Für die Auffassung des Berufungsgerichts mag zwar eine gewisse Wahrscheinlichkeit sprechen. Eine solche genügt jedoch im ordentlichen Prozeßverfahren nicht zur Abweisung des Schadensersatzanspruches.

Mit Recht verweist die Revision auch in diesem Zusammenhang darauf, daß die Entziehung schon eines einzigen größeren Kredits nach der Lebenserfahrung zu einem Schaden führt und daß das in verstärktem Maße gelten muß, wenn ein verhältnismäßig kapitalschwaches Unternehmen in zwei aufeinanderfolgenden Jahren Kreditkündigungen hinnehmen muß. Daß die Gesellschaft aber kapitalschwach war, ergibt sich aus dem von der Revision in Bezug genommenen Bericht der Konkursverwalterin vom

vom 12. November 1956. Diesen hat das Berufungsgericht allerdings auch erwähnt, aber nicht in der angedeuteten Richtung gewürdigt. Ihm mag auch zugegeben werden, daß Anhaltspunkte für eine Überbewertung von Bilanzposten vorliegen, sowie auch dafür, daß das Unternehmen "laufend" mit Verlust gearbeitet haben mag. Aus welchen Gründen die Gesellschaft aber wirklich zusammengebrochen ist, ergibt sich aus dem erwähnten Bericht der Konkursverwalterin, einer Rechtsanwältin, nicht. Diese trifft keine Feststellungen, sondern spricht mehr Vermutungen aus wie: "in Wirklichkeit scheint laufend mit Verlust gearbeitet zu sein", "wahrscheinlich habe es von Anfang an an dem nötigen Kapital gefehlt", "wahrscheinlich sei auch die Kalkulation nicht richtig gewesen" usw. Ganz abgesehen von der von der Revision aufgeworfenen Frage, ob die Konkursverwalterin wirklich als genügend sachverständig angesprochen werden kann, wird von der Revision mit Recht gerügt, daß das Berufungsgericht es unterlassen hat, dazu Stellung zu nehmen, ob die Kreditentziehungen in den Jahren 1954 und 1955 nicht ursächlich für die Verluste der Gesellschaft insbesondere in den Jahren 1955 und 1956 gewesen sind und ob nicht der durch die Kreditentziehung im Jahre 1954 entstandene Schaden, für den ausreichend Beweis angetreten war (zu vgl. unter a), mitursächlich für den endgültigen Zusammenbruch gewesen ist.

Der Revision ist daher im Ergebnis dahin beizutreten, daß das Berufungsgericht auf Grund des gegebenen Sachverhaltes die Feststellung, die Kreditentziehungen seien nicht ursächlich für den Zusammenbruch der Gesellschaft gewesen, mit der von ihm gegebenen Begründung auch im Rahmen des § 287 ZPO nicht treffen durfte. Es hätte vielmehr weiterer Abwägungen bedurft, vermutlich sogar der Anhörung eines Sachverständigen, der dann auch zu dem Vortrag im Schriftsatz des Beklagten vom 20. November 1958 S. 3 in Verb. mit dem Schriftsatz vom 28. Januar 1957 in dem Rechtsstreit 20 C 329/56 AG Düsseldorf

(= 7 S 440/56 LG Düsseldorf), in dem weitere Einzelheiten über die Auswirkungen der Abziehung der flüssigen Mittel als Folge der Kreditentziehungen in den Jahren 1954 und 1955 entsprechend unter Beweis gestellt sind, gehört werden mußte.

4. Nach allem reichen die bisherigen Ausführungen des Berufungsgerichts nicht aus, um die vom Beklagten geltend gemachte Schadensersatzforderung wegen Kreditschädigung zu verneinen. Davon, daß diese Forderung einen Betrag von bis zu 40 000 DM erreichen kann, muß im Revisionsverfahren ausgegangen werden.

Die Abweisung der Widerklage erweist sich danach, soweit mit ihr 40 000 DM gefordert werden, in vollem Umfange als jedenfalls zur Zeit nicht gerechtfertigt.

VII.

Die Revision ist aber auch begründet, soweit sie rügt, das Berufungsgericht habe die Feststellungswiderklage nicht als unzulässig abweisen dürfen. Als Begründung für das von ihm angenommene "fehlende Rechtsschutzinteresse" des Beklagten hat es nur angeführt, weil die "P. Automaten-GmbH" nicht mehr bestehe, könne der ihr etwa zugefügte Schaden sich nicht mehr ausweiten, der Gesamtschaden sei also übersenbar und mit der Leistungsklage verfolgbar.

Das ist schon deshalb rechtsirrig, weil das Nichtbestehen der Gesellschaft für sich allein noch nicht ohne weiteres zu der Annahme berechtigt, der Schaden sei schon endgültig übersenbar. Die Entwicklung der Gesellschaft hätte davon abgehangen, ob, wann und in welchem Umfange ihr wegen der behaupteten

teten Kreditschädigung Schadensersatz zu leisten war. Das ist ungewiß.

Das Berufungsgericht hat aber auch nicht berücksichtigt, daß der Beklagte die Feststellungswiderklage auch wegen des ihm persönlich entstandenen Schadens (Wegfall seiner Existenzgrundlage) erhoben hatte. Seine Abweisung der Widerklage insoweit hat es nicht begründet, was der Beklagte als Verstoß gegen § 551 Nr. 7 ZPO rügt. Hierzu greift aber auch die Rüge der Revision aus § 286 ZPO durch, es liege erfahrungsgemäß auf der Hand, daß sich kreditschädigende Handlungen auf das Vermögen des Geschädigten für Lebenszeit auswirken können (beschränkte Kreditfähigkeit). Dazu fehlt es an jeder Stellungnahme des Berufungsgerichts.

VIII.

Das angefochtene Urteil mußte daher in vollem Umfange aufgehoben und die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Bei der weiteren Bearbeitung der Sache wird das Berufungsgericht zu beachten haben:

1. Den Zinsanspruch aus der Hypothek von 20 000 DM hat der Beklagte zuletzt als Guthabenposten laut S. 9 des Tatbestandes des angefochtenen Urteils, wie folgt, berechnet:

Zinsen ab 1. Januar 1949 bis 31. Dezember 1955 = 7 Jahre zu 4 1/2 % =	6 300 DM
---	----------

Zinsen ab 1. Januar 1956 bis 8. Juni 1956 = 5 Monate 8 Tage =	<u>395 DM</u>
---	---------------

insgesamt	6 695 DM.
-----------	-----------

Davon sind von ihm Zahlungen des früheren Klägers auf Zinsen an die Wirtschaftsbank mit 1575,00 DM und an die Bremer Landesbank mit 575,81 DM

insgesamt mit	<u>2 150,81 DM</u>
---------------	--------------------

abgezogen worden, so daß	4 544,19 DM
--------------------------	-------------

Diese Berechnung ist nach dem - unstreitigen - Sachverhalt deshalb teilweise unrichtig, weil der frühere Kläger am 1. Oktober 1954 eine Rückzahlung in Höhe von 1500 DM auf die Hypothekenforderung selbst an die Wirtschaftsbank geleistet hat, so daß seitdem nur noch 18 500 DM zu verzinsen waren, und weil an die B. Landesbank mindestens 580 DM und nicht nur 575,81 DM Zinsen gezahlt worden sind.

Diese Berechnungsfehler wird das Berufungsgericht bei der endgültigen Abrechnung zu berücksichtigen haben.

2. Hinsichtlich der Schadensersatzansprüche wegen der Kreditschädigung wird das Berufungsgericht beachten müssen, daß es sich um gänzlich verschiedene Ansprüche handelt, die zum Teil ihre Rechtsgrundlage in den Erklärungen gegenüber der Wirtschaftsbank im Jahre 1954, teils in den Erklärungen gegenüber der B. Landesbank im Jahre 1955 haben. Außerdem werden aus diesen Vorgängen verschiedene Schadensersatzansprüche hergeleitet, die teils unmittelbar dem Beklagten teils der von ihm beherrschten GmbH entstanden sind und nur zur Geltendmachung dem Kläger abgetreten worden sind. Das Berufungsgericht wird, da der Beklagte insoweit mit der Widerklage nur Teilbeträge geltend macht, dafür sorgen müssen, daß er diese Teilbeträge nach den verschiedenen in Frage kommenden Schadensersatzansprüchen aufgliedert.

3. Bereits oben wurde bei Erörterung der Hypothekenzinsen erwähnt, daß der Beklagte glaubt, möglicherweise ein Zurückbehaltungsrecht wegen der von der Klägerin an die Bank noch nicht gezahlten Hypothekenzinsen auch hinsichtlich anderer Forderungen, die die Klägerin gegen ihn hat, geltend machen zu können. Auf dieses Zurückbehaltungsrecht wird, falls die Widerklage abzuweisen und der Beklagte nach der Abrechnung zur Zahlung irgend eines Betrages zu verurteilt werden würde, vom Berufungsgericht eingegangen werden müssen. Der Beklagte wird insoweit auch die Möglichkeit haben, wegen dieser Zinsposten Klage auf Zahlung

an die erwähnten Banken zu verlangen, falls die übrigen Voraussetzungen einer solchen Klage auf Leistung an Dritte vorliegen.

IX.

Dem Berufungsgericht war die Entscheidung über die Kosten des - erneuten - Revisionsverfahrens zu übertragen, weil sie von dem Ergebnis der weiteren Verhandlung abhängt

Dr. Pagendarm

Dr. Gelhaar

Dr. Spieler

Dr. Dorschel

Dr. Mezger